DROIT COMPTABLE

Congrès des experts-comptables de justice à Toulouse : L'intelligibilité des normes comptables vaut-elle une question prioritaire de constitutionnalité ?



Par Jérôme DUMONT,
Expert-comptable et
Commissaire aux comptes,
Expert près la Cour d'appel
de Paris

Telle aura été l'idée la plus audacieuse qui fut livrée par Marie-Anne Frison-Roche, professeur des universités, aux experts-comptables judiciaires qui se réunissaient en congrès annuel le 21 septembre dernier à Toulouse. Si une norme non intelligible est contraire à la constitution, n'est-il pas temps de mettre à profit la faible appétence du Conseil constitutionnel pour le droit européen, comme pour lui rappeler une décision du 9 avril 1996 (admettre une loi conférant un droit sans l'assortir d'un recours devant le juge ne garantit plus le droit)[1], en lui soumettant une question prioritaire de constitutionnalité quant au caractère réputé illisible des normes IFRS, contraire à ce *« droit de chacun au droit »* qui serait inscrit au cœur de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen[2].

Cette brillante spécialiste du droit de la régulation économique[3], issue d'une famille de juristes d'Albi, semblait puiser dans l'air de la région un regain d'inspiration pour le combat qu'elle mène en faveur d'une reprise en main par les gouvernements des rênes de la normalisation comptable[4], n'hésitant pas à rappeler l'importance des droits fondamentaux dans le droit économique[5]. Il n'était pas certain pour autant que l'édifice juridique que la créatrice de la chaire de régulation à l'Institut d'études politiques de Paris échafaudait en direct devant quelque deux cents experts ou magistrats fût bien étayé. Elle ne l'a pas prétendu d'ailleurs, jugeant simplement *« jouable »* un coup qui nécessiterait au préalable la recevabilité de pareille QPC par la Cour de cassation, ce dont paraissait quelque peu douter Jean-Pierre Zanoto, magistrat conseiller à la même Cour. Car il semble peu probable que le Conseil constitutionnel puisse se prononcer en définitive sur un règlement européen, le texte de 2002 par lequel la Commission européenne avait adopté le référentiel IFRS pour les sociétés cotées n'étant pas une directive.

Peu importe. Chacun comprenait dans ce débat sur l'intelligibilité des normes que nous n'étions plus dans les méandres d'un raisonnement étroitement balisé, mais dans une sorte de « droit *fiction* » appelant un peu d'audace. Même si Mme Frison-Roche invoquait le retour de la prudence comme vertu dianoétique, fondée sur la raison plutôt que l'intuition, selon les catégories d'Aristote[6], elle ne veut pas s'interdire quelque innovation dans la hiérarchie des droits. Ce faisant, elle poursuivait dans la ville rose un débat déjà initié auprès du président de l'Autorité des normes comptables, lors des "Etats généraux de la recherche comptable" que Jérôme Haas avait réunis le 16 décembre 2011 à Paris[7]. On se souvient qu'elle y avait déployé une réflexion sur le temps pertinent en comptabilité. Elle s'interrogera à nouveau à Toulouse sur les risques d'une comptabilité prédictive, à la recherche d'un futur virtuel, en germe dans le présent.

Résumé de l'article

La journée d'études annuelle des experts-comptables judiciaires portait sur la sincérité de l'information financière. Dans la mesure où le régulateur boursier (par le Règlement général de l'AMF) exige exactitude, précision et sincérité dans l'information financière, c'est davantage sur cette qualité de sincérité qu'il sera aisé d'établir les fautes des dirigeants de l'entreprise, soumises au pouvoir de sanction du régulateur, plus rapide que celui du juge. Et comme les IFRS tendent à se complexifier et à se fonder sur des valeurs et des estimations immatérielles, il est logique que la sincérité prenne une dimension disciplinaire et pénale. Ainsi, sincère ou non, le dirigeant de l'entreprise ne pouvait ignorer les éléments de la situation financière du groupe qu'il dirige. Ce sera toujours un individu plutôt qu'une information qui passera au crible de la sincérité.

1. *AJDA 1996, 371, obs. O. Schrameck.*
2. *L'article 16 de la déclaration de 1789 précise :* « Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des pouvoirs déterminée n'a point de constitution ».
3. *Marie-Anne Frison-Roche, "Les 100 mots de la régulation", PUF coll. Que sais-je ? 2011.*
4. *Marie-Anne Frison-Roche, "Des régulateurs publics plutôt que privés",* Acteurs Publics, *29 mai 2012.*
5. *Mahmoud Mohamed Salah, "L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international, mythe ou réalité",* L.G.D.J., *2012.*
6. *Aristote, "Ethique à Nicomaque", Livre V.*
7. *Robert Obert, "Les deuxièmes états généraux de la recherche comptable de l'ANC",* Revue française de comptabilité, *Février 2012.*

Bien qu'il aimât dénoncer le sabir dans lequel sont rédigées les normes IFRS, on ne saurait dire que le président de l'ANC, également présent à Toulouse, où son institution venait de signer un partenariat de recherche avec la *Toulouse School of Economics* [8], ait cherché à dénoncer dans les normes édictées à Londres un caractère plus particulièrement inintelligible. C'est d'abord une forme de toxicité qu'il déplore en elles.

Dès lors que le thème de cette journée d'étude des experts judiciaires avait été placé à hauteur de la sincérité de l'information financière, il était normal que les différents exposés se soient centrés sur les vertus de la comptabilité. Il y fut moins question de régularité ou d'image fidèle que de sincérité. Et cela, pour deux raisons qui vont faire l'originalité des exposés déployés par les magistrats et experts présents.

D'abord, comme le soulignera Pascal Bouvier, substitut général près la Cour d'appel de Toulouse, l'exactitude suppose justesse et conformité, vertus autrement plus exigeantes que celles qui s'attachent à la sincérité, qui appelle authenticité, rectitude, loyauté, scrupule… Dans un monde où la notion de bilan inexact laisse place à celle de bilan infidèle. En comptabilité, la sincérité est forcément subjective, idée développée par Yves Gérard, haut conseiller à la Cour de cassation, alors qu'en matière d'information financière on semble pouvoir atteindre plus objectivement la sincérité (sincérité pouvant venir de *sine cera*, « *sans cire* », dira Didier Faury, le président de la compagnie nationale des experts-comptables de justice).

A partir du moment où un capitalisme marchand (dans lequel la comptabilité est outil de preuve) a laissé place à un capitalisme industriel (où l'on va vérifier le bon fonctionnement de l'entreprise), Michel Tudel, membre du Haut Conseil du commissariat aux comptes et ancien président de la CNCC, justifiera la valeur de marché comme un outil des Anglo-Saxons pour contrôler la sincérité des dirigeants de l'entreprise et contenir leur influence.

Ensuite, et ce sera un fil conducteur de la réflexion collective, la justice administrative étant plus rapide que l'appareil judiciaire, c'est l'AMF qui donne le la dans les jugements qui définissent la sincérité en matière comptable. D'où une citation prégnante du règlement général du régulateur boursier, celle de l'article 223-1 (qui reprend l'ancien article 222-2 du texte de 2004) [9] qui prévoit que l'information du public soit « *exacte, précise et sincère* », avec en miroir les « *indications inexactes, imprécises ou trompeuses* » qui caractérisent les manquements visés par l'article 632-1 du même règlement. Or l'incertitude est une notion particulièrement délicate à cerner, notamment dans un contexte où les estimations et prévisions participent largement des valeurs comptables, la sincérité devient alors la voie possible d'une réponse à l'incertitude. Et dans le tripode qui fonde la comptabilité à l'article L. 123-14 du Code de commerce (régularité, sincérité, image fidèle), on retrouve la même sincérité comme un môle pérenne, comme si elle devenait, selon le haut conseiller à la Cour de cassation, « *la version tolérée de l'inexactitude* ».

Il n'est pas dans notre propos de relater ici, dans le format de la revue, les multiples considérations déployées par les orateurs tout au long de cette journée d'étude, et notamment les affaires judiciaires, manquements dénoncés par la commission des sanctions de l'AMF notamment, jusqu'au tout dernier, la décision de juillet dernier portant sur les agissements des dirigeants et des auditeurs de la société Carrere [10]. L'affaire Vivendi datant d'une dizaine d'années permettra de souligner a posteriori le parallélisme des appréciations entre le pénal et l'administratif, ce qui tend à plaider l'unité du droit comptable.

Reste le lancinant débat de la légitimité des normes, simples « *conventions ou artefacts* » pour Mme Frison-Roche, « *dévastatrices* », « *happées par le monde de la finance* », ce qui en altère la sincérité. Elles ne sauraient prétendre au réel : « *Dieu nous préserve de la transparence !* » aurait lancé le doyen Carbonnier, il y a quarante ans. Et Jérôme Haas de plaider à nouveau pour les seuls chiffres qui auraient une utilité dans les comptes, et pour ramener la comptabilité à un peu de modestie, avec comme seul objectif de dire ce qui s'est passé dans l'année, combien d'argent on a dépensé… Et avec un appel à situer d'abord ce débat à l'échelon international, en priorité (le Mexique, la Chine, la Corée ne partagent-ils pas avec nous cette approche ?).

M. Zanoto, magistrat à la Cour de cassation, a rendu tangible le problème du juge pénaliste, interpréter strictement les lois pénales. L'image infidèle est délicate à caractériser, et ce délit est peu poursuivi. En fait le juge se penchera d'abord sur la régularité, plus aisée à diagnostiquer ; car si les comptes sont irréguliers, ils auront de fortes chances de manquer d'image fidèle. Et c'est seulement si cette piste de l'image fidèle ne peut être creusée que le juge se tourne alors vers la sincérité, i.e. l'état d'esprit dans lequel les dirigeants ont établi les comptes. D'où le poids décisif du mémo qui avait été passé par M. Hannezo, directeur financier de Vivendi Universal, à Jean-Marie Messier sur l'endettement de son groupe [11].

Or le juge judiciaire est mal formé aux questions de comptabilité. Là où l'AMF porte un dossier pendant deux ans et demi seulement en moyenne, le juge judiciaire n'arrive pas à apporter une réponse rapide à l'investisseur, pour qui le temps rime pourtant avec argent. Et alors que le régulateur a pointé et sanctionné un manquement, c'est un délit que condamne le juge. Avec le spectre

8. Rappelons que, en vertu d'un accord signé en 2008 sous l'égide de Mme Lagarde, ministre de l'Economie et des Finances, les sociétés cotées ainsi que le Conseil Supérieur de l'Ordre des Experts-Comptables et la Compagnie Nationale des Commissaires aux Comptes allouent chaque année un budget spécial au normalisateur comptable afin que, entre autres, il suscite des recherches en matière comptable.

9. Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, Livre II Emetteurs et informations financières.

10. Décision de la commission des sanctions de l'AMF à l'égard de M. Claude Ayot… le 19 juillet 2012.

11. La Cour d'appel donnera un écho particulier à une note manuscrite de février 2001 adressée par Guillaume Hannezo à Jean-Marie Messier, appuyant la présomption de connaissance de l'ampleur de la dette du groupe par son président.

Abstract

The annual one-day meeting of the French accountants serving as experts in court (experts-comptables judiciaires) dealt with the topic of sincerity in accounting information. In so far as the market regulator (through the AMF general regulation) demands that financial information be exact, precise and sincere, the easiest way to establish the offences committed by directors and top executives is on grounds of sincerity, the sanctioning power of the regulator being effective more rapidly than the judge's sentence. Besides, as IFRS's become more complex and are based on intangible values and estimates, it is logical that sincerity should become a disciplinary and criminal law concept.

DROIT COMPTABLE

d'une double condamnation, même si le Conseil constitutionnel avait validé dès 1989 le principe d'un plafonnement de la sanction à la peine la plus élevée. En principe, toujours, la double peine ne devrait pourtant pas exister, la voie pénale semblant exclusive de la voie administrative. En explorant un terrain complexe, l'exposé du représentant du premier président de la Cour de cassation fut sans doute un des plus intéressants, dans une manifestation qui avait le mérite d'aborder et illustrer de multiples facettes de notre discipline [12].

Ce faisant, les commissaires aux comptes ne sont-ils pas déjà menacés d'une quadruple peine ? Une amende de l'AMF (voir les toutes fraîches affaires Bricorama, avant appel [13], ou Carrere, en cours). Deuxièmement, au pénal, par exemple pour un délit de complicité de diffusion de fausse information. Troisièmement, au civil, pour les dommages et intérêts. Et enfin, en matière disciplinaire, devant le Haut Conseil du commissariat aux comptes, comme suite à la condamnation pénale.

Il reviendra à Olivier Peronnet, expert à Paris, d'éclairer les débats par quelque jurisprudence. Pour Vivendi (on se souvient que la presse s'était emparée de l'affaire en 2002, ce qui allait achever de convaincre le gouvernement Raffarin d'emboîter le pas à la loi SOX en préparant sa propre LSF), les décisions s'étaleront de novembre 2004 (commission des sanctions, avec appel sur janvier 2005) à janvier 2011 (décision du TGI de Paris en matière correctionnelle), et reposeront principalement sur des manquements en terme de communication financière, sur l'endettement consolidé particulièrement. Avec un intéressant débat sur des dettes réciproques entre filiales, la trésorerie sur certaines entités n'étant pas nécessairement accessible ; mais il fut donné raison aux comptes de groupe, en ce qu'ils reflétaient bien une situation globale. Bien entendu, la seule fonction de dirigeant (qui, par définition, « *aurait dû savoir* ») entraine une présomption de connaissance. Le tribunal brocardera l'expression de « *dette pro forma* » dans la bouche de M. Messier, « *prestidigitateur de dette* ». Il en ira de même pour la notion de « *cash flow net* », instrumentalisée dans un communiqué de la société. Mais pour une conférence de presse tenue à la même période, aucun grief ne sera retenu. Et de même pour la notion de « *free cash flow* », sorte de baguette magique pour le dirigeant, à l'occasion de l'assemblée des actionnaires. Le pénal s'appuiera sur le « *cash flow opérationnel* »...

Il est évidemment stimulant pour les professionnels que nous sommes, de voir les instances judiciaires s'attacher à une certaine précision dans les notions financières, trop souvent transposées et enjolivées d'un vocabulaire anglo-saxon.

On revient donc souvent à cette « *bonne foi* » exigée par l'article 1134 du Code civil dans le droit des obligations, ce qui suppose un esprit loyal, sincère et honnête, le respect de la parole donnée comme le respect de l'esprit des lois, selon Emmanuel Charrier, professeur associé à Paris-Dauphine, qui évoquera à nouveau le cas Kerviel, qui n'en finit pas de hanter le champ d'intervention des professionnels de l'audit.

« *Essayez d'inviter la sincérité à dîner !* » conclura avec un joli sens de la formule Mme Frison-Roche. Car la sincérité ne saurait s'attacher qu'à une personne, non pas à un fait ou une chose, comme un bilan. Ce qui nous laisse encore une marge d'appréciation, qui ouvre vers la notion d'intention, objet de tous les soins de la jurisprudence de la Cour de cassation : y a-t-il eu, par exemple, intention de tromper un marché ? « *Et quand il y a du pouvoir, il y a de la responsabilité* » [14]. ■

12. Les actes de la journée d'étude seront publiés par la CNECJ dans le courant du premier semestre 2013.

13. Voir Gilbert Gélard, "La commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers condamne pour non respect de normes IFRS portant sur les notes annexes", Revue Française de Comptabilité*, Septembre 2012.*

14. La journée d'études du prochain congrès annuel des experts-comptables de justice aura lieu à Paris, le 15 novembre 2013, sur le thème de la preuve.